DOS PRINCÍPIOS E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS COMO DIRETRIZES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

José Gomes da SILVA[1]

Resumo: O projeto do novo Código de Processo Civil realça a função instrumental do processo civil preconizando que ele será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais previstos na Constituição Federal, o que faz concluir a sua íntima vinculação aos ideais democráticos.

Palavras-chave: Princípios – Processo – Garantias fundamentais.

Abstract: *The project of the new Civil Process Code emphasizes the instrumental function of the civil process advocating that it will be orderly, disciplinated and interpretated according to the values and the fundamental principles of the Federal Constitution. Thus, its close connection to the democratic ideals.*

Keywords: *Principles, Process, Fundamental guarantees.*

1. INTRODUÇÃO

O art. 1º do projeto do novo Código de Processo Civil, realçando a função instrumental do processo civil preconiza que ele será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Pode-se afirmar, com segurança, que não é só o direito processual, mas todos os ramos do direito vinculam-se à Constituição[2]. Ela mantém a unidade

[1] *Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade de São Paulo.*

[2] *"O direito constitucional caracteriza-se pela sua posição hierárquico-normativa superior relativamente aos outros ramos do direito. Essa superioridade hierárquico-normativa concretiza-se e revela-se em três perspectivas: (1) as normas do direito constitucional constituem uma lex superior que recolhe o fundamento de validade em si própria (autoprimazia normativa); (2) as normas de direito constitucional são normas de normas (norma normarum), afirmando-se como fonte de produção jurídica*

da substância do direito público e privado e estes centralizam seu ponto de apoio[3]. Nos últimos anos a disciplina jurídica do processo tem sido enriquecida pelo constitucionalismo moderno que determina os princípios diretivos e de garantias que concernem diretamente a regulamentação do processo civil. A disciplina é considerada não só como um conjunto de normas destinadas a regular um método para solução dos conflitos, mas também como um lugar de valores autônomos, atinentes à estrutura do processo[4].

A Constituição contém diversas normas relativas a administração da justiça e a direitos e garantias concernentes a regulamentação do processo, tais como o direito de ação para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória a um direito individual, difuso ou coletivo; a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, de modo que todo e qualquer obstáculo ou barreira impostos para dificultar o acesso à justiça, impedindo o cidadão de exercer o seu direito de ação ou de defesa no processo atenta contra o comando constitucional; inadmissibilidade de juízo ou tribunal de exceção; proibição de julgamento que não seja pela autoridade competente; inviolabilidade do contraditório e da ampla defesa etc.

Ela "fixa os princípios, os contornos e as bases sobre as quais deve erguer-se o edifício normativo brasileiro."[5]

2. A PERSPECTIVA DOS IDEAIS DEMOCRÁTICOS DO NOVO CPC

Realmente, o novo processo vincula-se aos ideais democráticos, pautando-se em conformidade com os ditames estabelecidos pela soberania popular.

A jurisdição continua inerte, tanto que, salvo as exceções previstas em lei, o processo só começa por iniciativa da parte, e se desenvolve por impulso oficial, mas, adquiriu-se a consciência de que o processo é instrumento a serviço da ordem constitucional.

Assim, estabelece o art. 2º do projeto: "O processo começa por iniciativa da parte, nos casos e nas formas legais, salvo exceções previstas em lei, e se desenvolve por impulso oficial." O artigo contempla tanto a jurisdição contenciosa como a voluntária. A redação do artigo do Código atualmente em vigor é mais claro ao prever que o juiz não prestará a tutela jurisdicional senão quando a *parte* ou o *interessado* a requerer. Qualifica a *parte* ou o *interessado*, pois quando a provocação da atividade é de jurisdição voluntária, não há parte, mas *interessado*.

---

de outras normas (normas legais, normas regulamentares, normas estatutárias, etc); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a constituição." CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional, p. 141.

3 DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito, p. 235.

4 COMOGLIO, Luigi Paolo et all. Lezioni sul processo civile, p. 25.

5 NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal, p. 39.

A redação constante do projeto encontra-se em sentido estrito: a *parte*, seja o autor da demanda ou o réu; logo, trata de atividade de jurisdição contenciosa.

A impressão que se tem é que quando a atividade jurisdicional for de jurisdição voluntária, ela pode ter início até mesmo de ofício, sem provocação do interessado.

Mas a teor do art. 654 do projeto, agora sob a nomenclatura de *procedimentos não contenciosos*, o que não muda é a sua desjudicialização, mas continua a exigir a provocação da atividade da jurisdição pelo interessado. É o que estabelece o citado artigo: "O procedimento terá início por provocação do interessado ou do Ministério Público". A nova redação acrescenta que a provocação pode ser feita também pelo Ministério Público, não em todas as hipóteses, mas quando a lei autorizá-lo. Dada legitimidade ao Ministério Público, explicado está porque a nova redação do art. 2º, acertadamente, exclui o interessado. O Ministério Público não é interessado, pois atua na qualidade de "substituto" do *interessado*.

Assim continua, na atividade não contenciosa, a necessidade da provocação da jurisdição, seja pelo próprio interessado, ou através do Ministério Público. Excepcionalmente, o próprio juiz pode determinar de ofício, a arrecadação de bens na herança jacente e dos bens do ausente (arts. 672 e 678) e nas alienações judiciais (art. 676).

Reina entre nós nos processos de jurisdição contenciosa, o princípio da demanda ou de iniciativa da parte, seguindo o brocardo *ne procedat iudex ex officio*. Por isso, a função jurisdicional, de regra, só atua em conflitos de interesses quando instaurado o processo contencioso por provocação da parte interessada, mas uma vez provocada se desenvolve por impulso oficial.

Com a iniciativa da parte, rompe-se a inércia inicial do exercício da função jurisdicional. Portanto, a jurisdição é função provocada e uma vez provocada, o processo se desenvolve por impulso oficial.

O princípio caracteriza o pressuposto da função jurisdicional; só se manifesta quando invocado o socorro do Estado e a imparcialidade do juiz que se limita a decidir a pretensão nos termos propostos. Quem provoca o funcionamento da máquina judiciária tem a pretensão de proteger um direito subjetivo seu ameaçado ou violado por outrem. O Estado tem a obrigação de conhecer o conflito e solucioná-lo, assegurando o respeito à ordem jurídica, aplicando o direito ao fato, dando efetividade ao direito material.

Justificado pelo interesse público ou como forma de compelir o sujeito a realizar a prestação, excepcionalmente, de ofício, o juiz pode: 1) aplicar multa à parte que: a) deixar de cumprir com exatidão as decisões de caráter executivo ou mandamental; b) criar embaraços à efetivação de pronunciamentos judiciais de

natureza antecipatória ou final (§ 1º, do art. 66); c) condenar em perdas e danos o litigante de má-fé (art. 68); d) indeferir a petição inicial nos casos previstos no art. 305; e) rejeitar liminarmente a demanda nas hipóteses mencionadas no art. 317; f) examinar os requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional, como os pressupostos processuais e as condições da ação (incs. IV e VI, do art. 467); g) declarar a incompetência absoluta (§ 1º, do art. 49); h) suscitar conflito de competência (art. 869); i) determinar a produção de provas que entender necessárias a instrução do processo (art. 258); j) decretar a revelia (inc. II, do art. 353); l) impor e modificar o valor da multa disciplinada no § 1º, do art. 730); m) fixar os honorários advocatícios no patamar de 10% (dez por cento), ao despachar a inicial na execução por quantia certa contra devedor solvente (art. 752); n) tomar em consideração quando constatar fatos novos que possam influir no julgamento da lide (art. 475); o) prorrogar o prazo de abertura ou de encerramento do inventário (art. 552); p) determinar que se proceda ao balanço de estabelecimento comercial, se o autor da herança era empresário individual, bem como a apuração de haveres, se o autor da herança era sócio de sociedade que não anônima (§ 1º, do art. 561); q) determinar a realização de estudo social ou perícia para decretar a perda ou suspensão do pátrio poder, ou a colocação de menor em família substituta (arts. 161, § 1º e 167, da Lei n. 8.069, de 13.7.1990 – ECA); r) conceder ordem de *habeas corpus* (art. 654, § 2º, do CPP); s) instaurar o incidente de resolução de demandas repetitivas; t) solicitar a intervenção do *amicus curiae*.

Casos há que a lei também, excepcionalmente, confere iniciativa da demanda ao terceiro interessado e ao Ministério Público, mesmo não sendo eles titulares do direito a ser discutido. A lei confere ao terceiro, como substituto processual, legitimidade, diante da inanição do substituído, quando este, notificado, não impetrar a segurança (art. 3º, da Lei n. 12.016, de 07.08.2009)[6]; também ao Ministério Público a lei o autoriza a promover, mediante ação direta, a ação de nulidade do casamento (art. 1.549 do Código Civil), mas nesses casos dados a título de exemplo, o juiz não atua de ofício, não havendo, portanto, exceção ao princípio.

Mas porque a jurisdição, de regra, tem de ser provocada, se a razão da sua organização, como função especial da soberania do Estado é a de atuar o direito objetivo, tornando-o realidade ao caso concreto, solucionando os conflitos de interesses e assegurando a paz jurídica?

A resposta é simples. A aplicação, realização ou atuação do direito objetivo não é *atividade específica* da função jurisdicional. Os particulares, como as demais funções do Estado, por diversas formas, fazem atuar ou realizar o

[6] *RTJ 152/493; RSTJ 58/172.*

direito objetivo, quando cumprem a lei, respeitando-a ou exercendo-a em toda a sua extensão e plenitude nos atos e nos negócios jurídicos. A única diferença é a impossibilidade de impor coercitivamente a observância do ordenamento, cujo atributo é da função estatal. Mas não é só isso. O escopo e a preservação da imparcialidade do juiz, que não pode sair a cata de litígios para solucionar e nem estimular o direito subjetivo do sujeito para demandar, bem como evitar a indesejada intromissão de estranhos nas relações privadas.

Como ninguém se escusa de cumprir a lei, mesmo alegando que não a conhece (art. 3º LICC), os conflitos de interesses são resolvidos pelos próprios interessados, pois que se sujeitam as normas abstratas que os regula.

Pode acontecer, e é o que ocorre com mais frequência, os conflitantes não compõem espontaneamente o litígio, seja porque cada qual entende estar com ele o direito, isto é, as normas de direito objetivo o protegem, seja por intransigência de um ou de outro, ou recíproca. Não havendo acomodação espontânea, o sujeito do interesse oposto curva-se ao interesse do outro (desiste, renuncia ou perdoa), ou utiliza-se do seu direito ou poder de ação, propondo a demanda, quebrando a inércia da jurisdição e exigindo uma satisfação do agente que a exerce.

Não se há confundir princípio da demanda com princípio dispositivo. O primeiro dá-se quando a atividade jurisdicional é ativada em defesa dos próprios interessados; o segundo vincula duplamente o juiz aos fatos alegados, impedindo-o de decidir a causa com base em fatos não afirmados no processo e obrigando-o a considerar a situação de fato afirmada por todas as partes como verdadeira[7].

Exemplificando: Fundando-se num contrato de mútuo, o autor promove uma ação de cobrança contra o devedor e este não contesta a existência do contrato, alegando, simplesmente já ter pagado a dívida, ou que ela está prescrita, ao juiz não é dado ter o contrato de mútuo por inexistente[8]. O art. 339 do Código de Processo Civil em vigor preconiza às partes o dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade[9]. Assim, em face do caráter publicista do direito processual civil, não importa que ao autor incumba provar os fatos que constituem o direito que afirma ter e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito afirmado. Ambas as partes têm o dever de colaborar com a descoberta da verdade, fornecendo ao juiz subsídios para que forme seu convencimento e profira decisão firme, segura e justa, que é a principal finalidade do Estado. É certo que essa colaboração é sempre parcial, pois a vitória da parte na demanda é a sua meta, mas é curial que essa parcialidade esteja inserida nos princípios éticos da verdade e da lealdade.

---

[7] *CARNELUTTI, Francesco. A prova civil, p. 35.*

[8] *SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de processo civil, p. 47-48.*

[9] *Vide o art. 5º do Projeto.*

Visando a tutela de seus próprios interesses, difícil de se entender colaboração recíproca, como diz o artigo, daí a crítica apropriada de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, quando advertem que "é a própria estrutura adversarial ínsita ao processo contencioso que repele a idéia de colaboração entre as partes".[10]

De fato, "o livre jogo do interesse das partes não é capaz de dar correta orientação ao processo, porque o próprio contraste entre seus interesses o dificultaria".[11]

No entanto, pode-se entender que essa cooperação é quando a parte for convocada para prestar depoimento pessoal ou intimada para colocar à disposição do juiz os documentos que tenha em seu poder. Assim também a testemunha, que não é parte, mas terceiro desinteressado, quando chamado a depor e do perito, quando aceitar a nomeação judicial para o labor técnico.

Embora o artigo não diga, mas é o juiz quem tem o dever de colaborar com as partes[12] até porque o artigo refere-se ao direito probatório, cujo objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico. Essa a razão de fazer recair ao juiz o dever de desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, "e, como o resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional, deve ele (juiz) assumir posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas procurá-los, quando entender necessários".[13]

3. A IDEOLOGIA VALORATIVA DO PROJETO DO NOVO CPC

O art. 6º do projeto manda o juiz aplicar a lei atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. "A norma jurídica só se movimenta ante um fato concreto, pela ação do magistrado, que é o intermediário entre a norma e a vida ou o instrumento pelo qual a norma abstrata se transforma numa disposição concreta, regendo determinada situação individual."[14]

Deveras, o juiz ao se defrontar com um caso concreto para solucionar, verificará primeiro, dentre as normas gerais existentes, qual ou quais exterioriza o sentido mais favorável ou adequado ao fato *sub judice*. Essa atividade do juiz é a subsunção do fato que lhe é apresentado à norma.

---

[10] *O projeto do CPC, p. 73.*
[11] *BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 513.*
[12] *MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Ob. e p. cits.*
[13] *BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz, p. 14.*
[14] *DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada, p. 7.*

Para fazer essa subsunção terá o juiz de interpretar o dispositivo legal, pesquisar o verdadeiro significado de suas palavras, pois estas podem conter valor mais amplo e mais profundo. Pode, também, o seu texto conter imperfeições e ambiguidades que deturpam o verdadeiro sentido da norma.

A lei sempre tem de ser interpretada, ainda que seu texto seja claro, pois nos dizeres de Degni, "a clareza de um texto legal é coisa relativa. Uma mesma disposição pode ser clara em sua aplicação aos casos mais imediatos e pode ser duvidosa quando se a aplica a outras relações que nela possam enquadrar e às quais não se refere diretamente, e a outras questões que, na prática, em sua atuação, podem sempre surgir. Uma disposição poderá parecer clara a quem examinar superficialmente, ao passo que se revelará tal a quem a considerar nos seus fins, nos seus precedentes históricos, nas suas conexões com todos os elementos sociais que agem sobre a vida do direito na sua aplicação a relações que, como produto de novas exigências e condições, não poderia ser considerada ao tempo da formação da lei, na sua conexão com o sistema geral do direito positivo vigente".[15]

Daí a figura virtuosa do juiz que ao aplicar a norma ao fato concreto visa sempre o atendimento da finalidade social e do bem comum. Isso fará trazendo a interpretação do texto legal para a realidade, pois as leis precisam se adequar ao histórico da vida.

Assim é porque "a letra da norma permanece, mas seu sentido se adapta a mudanças que a evolução e o progresso operam na vida social. Interpretar é, portanto, explicar, esclarecer; dar o verdadeiro significado do vocábulo; extrair, da norma, tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão".[16]

Para buscar o fim social do texto legal e o atendimento dos seus fins sociais e às exigências do bem comum necessário um trabalho percuciente do juiz ou da autoridade habilitada a interpretar, pois "quem só atende à letra da lei, não merece o nome de jurisconsulto; é simples pragmático".[17] Não há no texto e na doutrina, definição da expressão "fim social". Termo metafísico, de difícil compreensão. Acredito que o artigo permite a flexibilização interpretativa da norma pelo juiz visando sempre o "útil, a necessidade social e o equilíbrio de interesses"[18] do indivíduo e da sociedade.[19] Maria Helena Diniz ensina que "o intérprete-aplicador em cada caso *sub judice* deverá averiguar se a norma a aplicar atende à finalidade social, que é variável no tempo e no espaço, aplicando o

[15] *Apud* DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada, Ob. cit., p. 141.*
[16] *Ibidem, p. 142.*
[17] *MAXIMINIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito, p. 112.*
[18] *LOPES, Miguel Maria de Serpa. Comentários à Lei de introdução ao Código Civil, p. 122.*
[19] *MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. Parte geral, p. 37.*

critério teleológico na interpretação da lei, sem desprezar os demais processos interpretativos".[20]

Portanto, o conceito é móvel, variando de indivíduo a indivíduo, tendo por base o seu bem estar e os fundamentos superiores do Direito, incumbindo ao juiz a arte de elegê-lo com justo senso.

O juiz tem, pelo menos teoricamente, liberdade de perquirir os fins sociais da lei e a verdadeira *ratio legis*. Pode-se dizer, diante dos objetivos fundamentais da Constituição Federal, que esses fins sociais estão umbilicalmente vinculados a igualdade material entre todos os brasileiros.

No entanto, essa liberdade concedida ao juiz tem limites preestabelecidos no ordenamento jurídico, que deve ser analisado como um todo, sem desprezar regras e princípios, tendo como escopo o fim social da norma.

Assim como "fim social", a noção de "exigências do bem comum" também é bastante complexa. Pode-se afirmar, como o faz Miguel Reale, que bem comum "é a ordenação daquilo que cada homem pode realizar sem prejuízo do bem alheio, uma composição harmônica do bem de cada um com o bem de todos".[21]

Nesse contexto, bem comum é, etimologicamente, felicidade coletiva. Tudo o que for mais benéfico para toda a sociedade é sempre mais importante do que os direitos individuais. É ideal de justiça; visa preservar os valores positivos vigentes na sociedade e que dão sustentáculo à ordem jurídica.

Consiste, pois, na prosperidade temporal da comunidade, para cuja consecução deve a lei contribuir, auxiliar, inspirando-se mesmo nesse objetivo, cuja finalidade deve marcar o campo de ação da norma e fixar o seu próprio limite, porque, fora dessa finalidade, longe desse bem comum, a lei cessa de ser justa. Toda interpretação deve fundar-se nesses dados naturais da razão, nesse objetivo do bem comum, que, respeitando o indivíduo e a coletividade, estabelece um perfeito equilíbrio tão necessário ao Direito. Assim, o bem comum deve ser procurado no próprio destino da lei, feita para um conjunto e não especialmente para tal ou qual indivíduo.[22]

No escólio de Washington de Barros Monteiro, "exigências do bem comum são os elementos que impelem os homens para um ideal de justiça, aumentando-lhes a felicidade e contribuindo para o seu aprimoramento".[23]

O dispositivo acrescenta que o juiz deve observar sempre os princípios da dignidade da pessoa humana.

O homem normal tem por vocação não viver só; necessário que haja cooperação mútua. Aristóteles já dizia que o homem é por natureza um animal

---

[20] *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada, p. 161.*

[21] *Lições preliminares de direito, p. 59.*

[22] *LOPES, Miguel Maria de Serpa. Comentários à Lei de introdução ao Código Civil, p. 124-125.*

[23] *Curso de direito civil. Parte geral, p. 37.*

político, destinado a viver em sociedade, não só em vista da existência material, mas, sobretudo, em vista da vida feliz.[24] Ninguém é feliz sozinho; o homem solitário, que nada precisa por bastar-se a si próprio é um bruto ou um deus.[25]

Na comunidade o homem atinge a realização de sua natureza; nesse plano, situa-se no diálogo; no plano individual é livre para comportar-se como melhor lhe pareça, atuando sempre, num e n'outro plano, uma virtude moral, centro de qualquer discussão ética

Regrar a vida em sociedade constitui a finalidade do Direito, algo concreto dirigido ao homem, e não a um alheamento do espírito. É, pois, o Direito, criação do homem que a ordem legal reconhece e defende como título jurídico que acompanha todo ser humano.

A lei, enquanto justiça legal é feita pelo homem e para o homem; logo, ele tem o dever de cumpri-la. Esse dever é o viver justamente e o praticar todas as virtudes. Homem justo é o que obedece a lei, respeitando a igualdade; injusto é aquele que não se conforma com a lei e trata desigualmente os iguais.[26] É uma disposição subjetiva que se forma com o esforço de cumprir seus deveres legais perante a sociedade.

O homem é um ser livre. Não simplesmente na racionalidade ou na imortalidade, mas na prerrogativa de se autocriticar livremente. Liberdade é um poder de ação. O homem "é o único ser que livremente pode ser mais do que já é por natureza. Não no sentido de que seja causa eficiente de si e que possa tirar a si mesmo do nada. Uma vez constituído na sua essencialidade básica de ser e existir, o homem continua inacabado, imperfeito, mas dispondo de larga margem de perfectibilidade e acabamento".[27]

Essa liberdade faz do cidadão o responsável por suas ações que podem ser moralmente justas ou injustas quando praticadas voluntariamente, eis que as ações involuntárias não são justas nem injustas, são acidentais ou meras fatalidades. A subjetividade é que dá o caráter voluntário ou involuntário. Quando involuntariamente se mata uma pessoa, o ato é objetivamente injusto, mas não se está cometendo subjetivamente uma ação injusta[28] ou imoral.

A natureza compele os homens a associarem-se. Por saberem discernir o bem do mal, o justo do injusto, ou outros sentimentos da mesma ordem, têm

---

[24] *"Não é bom que o homem esteja só; far-lhe-ei uma auxiliadora que lhe seja idônea." (Gênesis 2:18).*

[25] *Tomás de Aquino afirma que o ser humano é, por natureza, animal social e político, vivendo em multidão, mais que os outros animais, evidenciando, assim, sua natural necessidade. Por isso, os conflitos de interesses avolumam-se com maior complexidade, à medida que aumenta a população.*

[26] *É certo que tratar igualmente a todos pode ser causa de grandes injustiças. O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, consagra uma séria de medidas protetivas ao consumidor, vedando a inserção de cláusulas abusivas e a possibilidade de inversão do ônus da prova, em aparente desigualdade entre os direitos deste e do fornecedor, tudo em nome do poder econômico ou conhecimento técnico que este possui em face daquele.*

[27] *Giovanni Pico della Mirandola. A dignidade do homem. Trad. de Luiz Feracine. Edições GRD, 1988, p.XXIV.*

[28] *PEGORARO, Olinto A. Ética é justiça, Vozes, 1995, p. 34.*

em mãos as armas que a natureza lhes dá: a prudência e a virtude. Sem virtude, é o homem o mais ímpio e o mais feroz de todos os animais.[29]

O legislador, responsável pela criação das normas de comportamento, deve sempre levar em consideração que o Direito é propriamente humano e assumir o compromisso com a verdade das coisas e com o progresso da justiça. A ordem jurídica é estabelecida não pelo arbítrio dos governantes, mas na necessidade de se administrar os problemas que afligem as pessoas, baseada em critérios éticos independentes do poder pessoal ou coletivo.

A Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, inspirando-se em diversos autores, ensina que com as crescentes modificações sociais e políticas pelas quais passa o mundo atual, dentre outras a crescente massificação das relações jurídicas e o reconhecimento de que nessas relações nem sempre há paridade entre os sujeitos, o legislador é incapaz de acompanhar a evolução das instituições jurídicas, tal qual impõe a sociedade moderna. Preocupa-se, como observa a Professora, "o legislador, por isso, em elaborar normas que explicitem os objetivos de um determinado sistema (ou microssistema) jurídico, não mais se limitando a regular condutas. Eros Roberto Grau denomina estas normas de normas-objetivo, que são 'normas que explicitam resultados e fins em relação a cuja realização estão comprometidas outras normas, estas de conduta e de organização. Paralelamente à incrementação dessas normas-objetivo, constata-se que a complexidade das relações jurídicas e a rapidez das modificações que tais relações experimentam impõe o surgimento de normas jurídicas *ainda mais gerais*, que trazem em seu bojo noções de conteúdo variável (de conceito vago ou indeterminado), a fim de possibilitar ao órgão jurisdicional aplicar a norma jurídica em atenção às *particularidades de cada caso*, particularidades estas insuscetíveis de serem reguladas minudentemente pelo legislador. Se, como afirmou Chaïm Perelman, 'o recurso a uma noção vaga ou confusa aumenta, por esse próprio fato, o poder de interpretação daquele que deve aplicá-la', intensifica-se, desse modo, o grau de participação do juiz na resolução dos litígios, porquanto este não mais se limita a simplesmente indicar a solução legal antecipadamente prevista no ordenamento jurídico para a solução de um problema. Assiste-se, assim, a um fenômeno que não pode ser desprezado, em boa dose decorrente da evolução da noção de Estado e de sua função desde o Estado liberal, passando pelo Estado social até chegar, hodiernamente, ao que se denomina Estado democrático, consistente num 'salto de qualidade' da atividade jurisdicional: se antes era essencialmente ressarcitória, o Poder Judiciário é chamado, cada vez mais, a certificar que as obrigações executadas judicialmente correspondem, sempre que possível, a exatamente aquilo que era devido".[30]

---

[29] J.J. Calmon de Passos diz que "O homem foi criado com a capacidade demoníaca de ser pior do que as feras, mas, também, com a capacidade extraordinária de ser maior do que os anjos". (4º Congresso de Processo Civil e Direito Civil realizado em Campo Grande, Mato Grosso do Sul, em março de 2005.

[30] Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. Editora Revista dos Tribunais, 2001,

Por sua vez, o juiz, ao proferir sua sentença, deve propugnar os valores humanos postos em jogo, prescindir de razões abstratas e vazias de lógica, elegendo caminhos verdadeiros que conduzam a humanização do direito.[31]

O menosprezo pelos valores humanos torna o direito sem sentido, por subestimar o sentido que se deve dar a vida dos homens. Não se admite um direito que se esquece da importância que a realização dos valores tem (ou deve ter) em toda vida humana.

Nesse contexto, é menosprezar a pessoa humana, a morosidade dos processos, tanto que a propósito, Gilmar Ferreira Mendes afirma que "a duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a idéia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais".[32]

Inspirando-se em Jesús Ballesteros e Bérgson, Juan M. Farina[33] lembra que a ordem jurídica é algo que só tem sentido quando se relaciona com o ser humano. É uma ordem vital e não uma ordem geométrica, inerte e automática.

Não basta ao juiz um profundo conhecimento teórico da lei e da jurisprudência. É certo que a formação pode contribuir, mas além da vocação, é essencial prudência, paciência, sensibilidade e bom senso[34] para reconhecer o que é justo a uma composição satisfatória do litígio e revesti-la de roupagem jurídica[35], com efeitos imediatos, tais como as medidas de urgência.

Sendo impossível à lei prever toda a variedade de casos que surgem no dia-a-dia da vida do cidadão, as omissões devem ser corrigidas pelo aplicador, desempenhando, para tanto, uma função de complemento de virtude da justiça que é a equidade, ora flexibilizando, ora temperando a rigidez da norma, ora adaptando o fato ao seu conteúdo, sempre com o escopo de determinar o que é justo em cada situação particular. Vale lembrar a advertência de Aristóteles: "Chama-se julgamento a aplicação do que é justo."[36]

Não se quer com isso dizer que o juiz não está vinculado à lei. Os objetivos dessa vinculação, que abrange também a doutrina e a jurisprudência, são inerentes ao Estado de Direito, com vistas a gerar uma jurisprudência

---

p. 72-73.

[31] FARINA, Juan M. Justicia ficción y realidad. Abeledo-Perrot, 1997, p. 221-222 (tradução livre).

[32] Proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais, p. 382. Veja art. 4º do projeto.

[33] Ob. e p. cits.

[34] Bom senso é a aplicação da razão que o órgão judicante deve ter para julgar os casos particulares, buscando a justiça. É a chamada prudência objetiva, exigida pelo conjunto das circunstâncias fático-axiológicas, que deve ter o aplicador do direito, ou melhor, o poder competente para criar normas aplicando outras. (DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. Saraiva, 1998, p. 429, v. I).

[35] "A independência do juiz também é um dos postulados das culturas jurídicas modernas." WAMBIE, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. Ob. cit., p. 100.

[36] A Política. Trad. de Nestor Silveira Chaves. Edipro, 1995, p.15.

iterativa e uniforme.[37] Como diz a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier: "Assim, diríamos que a vinculação do juiz à lei se amolda por meio da doutrina e da jurisprudência, como se estes dois elementos desempenhassem uma função de 'engate lógico' entre a lei e os fatos."[38]

Obter-se-á uma justiça boa com bons juízes, ainda que não sejam boas as leis. As deficiências destas podem ser superadas com critério jurídico e com a capacidade intelectual dos juízes que as aplicam, mas as deficiências destes tornam negativas as vantagens de boas leis. No panorama jurídico atual, muito mais importante é a marcha acelerada dos processos que eruditos fundamentos contidos na sentença. Se os jurisdicionados puderem escolher entre justiça rápida e boa ou justiça lenta, mas culta, certamente escolherão a primeira.[39]

Essa preocupação com a endêmica demora na prestação jurisdicional, fator de fortes críticas, sensibilizou o legislador constituinte de 1988, tanto que não só ampliou o acesso à justiça, mas agregou positivamente que ela deve se dar em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal).

Com isso, tornou induvidoso que o direito do cidadão ao processo, como método apto à composição do conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, "passou a ser recepcionado como um direito subjetivo constitucional, que poderá levar o Estado a indenizar pelo atraso injustificado da prestação jurisdicional".[40]

E essa posição constitucional consubstancia-se no regime democrático de direito, privilégios concedidos à dignidade da pessoa humana e que corresponde à aspiração maior da sua existência.

Atentar contra a dignidade humana deve ser repelida com veemência, sendo obrigação de todos lutar contra situações desumanas, como o trabalho escravo, a exploração infantil, a insuficiência de moradia, a falta de saneamento básico etc.

Sobre os direitos fundamentais do homem José Afonso da Silva[41] preleciona, inspirando-se em Pérez Luño, que se referem "a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas".

---

[37] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. Ob. cit., p. 100.

[38] Ob. e p. cits. A mencionada autora, citando Niklas Luhman, diz: "O Juiz permanece vinculado à lei – mas justamente não à legislação. Evidentemente, regras genericamente válidas continuam sendo indispensáveis no sistema. No entanto, a legislação e a jurisprudência participam do processo da formação e da modificação, da condensação e da confirmação de regras genericamente válidas." (Ob. cit., p. 100-101).

[39] ECHANDÍA, Devis. Teoría general del proceso. 2. ed. Editorial Universidad, 1997, p.127.

[40] PAVAN, Dorival Renato. O princípio da efetividade e as modificações na execução por título extrajudicial: Lei 11.382/2006, RePro n. 155/154-194, jan/2008.

[41] Curso de Direito Constitucional Positivo. 4. ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 159.

Na expressão de Juan M. Farina[42], o juiz não pode deixar de reconhecer que muitos problemas de conteúdo pecuniário têm origem ou estão impregnados de grande emotividade, pois, geralmente, os sentimentos atuam como uma determinante.

4. PRINCÍPIO DA AMPLA ACESSIBILIDADE AO PODER JUDICIÁRIO

O projeto do novo CPC se preocupa tanto com o seu vínculo à Constituição que chega, em algumas hipóteses, repeti-la. É o que faz no seu art. 3º.[43] Não é demais assim fazê-lo, porque trata-se o processo civil, como todos os ramos do direito, de direito Constitucional aplicado. A respeito, Eduardo Couture acentua "... é aquela que permite afirmar que a lei processual, tomada em seu conjunto, é uma lei regulamentadora dos preceitos constitucionais que asseguram a justiça".[44]

O princípio da ampla acessibilidade ao Poder Judiciário, também conhecido por princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional, agora no plano infraconstitucional presente também está no art. 108 do Projeto, ao preceituar que "o juiz não pode eximir-se de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe, no julgamento da lide, aplicar os princípios constitucionais e as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito".

O princípio não tolera que lesão alguma, isto é, toda controvérsia, não seja levada ao conhecimento do Poder Judiciário e este, de forma adequada, disposta pelas leis processuais civis, decida, de forma justa, dando o direito a quem tem. Sendo necessário, o juiz socorre-se dos princípios constitucionais e ausentes estes, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais, já que proibida a decisão de *non liquet*. Assim, com prova ou sem ela para formar o seu convencimento, tem o juiz o poder-dever de julgar.

É claro que esse poder-dever de julgar deve estar sempre pautado nos meios processuais que garantem a eficácia e a realização dos direitos fundamentais.

José Joaquim Calmon de Passos dizia

> […] superação do mito da neutralidade do juiz e do seu apolicismo, institucionalizando-se uma magistratura socialmente comprometida e socialmente controlada, mediadora confiável tanto para solução dos conflitos individuais como dos conflitos sociais que reclamem

[42] *Ob. cit., p. 225-226.*

[43] *Art. 3º do projeto: "Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei."*

[44] *Introdução ao estudo do processo civil, p. 33.*

> e comportem solução mediante um procedimento contraditório, em que a confrontação dos interesses gere as soluções normativas de compromisso e conciliação dos contrários. Superação do entendimento do processo como garantia de direitos individuais, alçado ele a instrumento político de participação na formulação do direito pelos corpos intermediários e de provocação da atuação dos agentes públicos e privados no tocante aos interesses coletivos ou transindividuais por cuja satisfação foram responsáveis. Superação do mito da separação dos poderes e da efetivação do controle do poder pelo sistema de freios e contrapesos, institucionalizando-se controles sociais sobre o exercício do poder político e do poder econômico, servindo o processo como instrumento de atuação desses controles nas situações que forem constitucional e legalmente definidas.[45]

Há, no entanto, em nosso sistema, atribuição jurisdicional ao Senado Federal quando julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (CF, art. 86)[46]. Por seu turno, o judiciário também exerce função típica legislativa quando da elaboração do seu regimento interno (CF, art. 96, I, a). Essas funções atípicas não ferem o princípio constitucional pelo poder originário.[47]

A arbitragem, meio alternativo de solução de conflitos, é permitida as pessoas capazes de contratar e só para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

É um dos institutos mais antigos que se tem notícia. O seu uso é constante nos contratos internacionais. No Brasil a arbitragem começou a ser legislada a partir de 1850, com o Regulamento 737. O Código de Processo Civil de 1939 regulamentava-a num único artigo e o vigente nos artigos 1.072 a 1.102, revogados pela Lei n. 9.302, de 23.9.1996. No Código Civil compõe de três artigos (851 a 853). A Lei que criou os Juizados Especiais enquadra a instituto nos artigos 24 a 26.

A Lei da Arbitragem estipula que todo e qualquer litígio relativo a direitos patrimoniais disponíveis, envolvendo pessoas capazes. O projeto imprime o mesmo regime jurídico à convenção de arbitragem e o compromisso arbitral.

---

[45] *Democracia, participação e processo. In: Ada Pellegrini Grinover et all (coords). Participação e Processo. Revista dos Tribunais, 1988, p. 92.*

[46] *Celso Ribeiro Bastos entende não ser, o julgamento do Presidente da República nesta hipótese, exceção ao princípio. Diz ele que essa "sujeição a um julgamento pelo Legislativo é mais uma manifestação do princípio dos controles recíprocos que hão de existir entre os Poderes, do que qualquer tentativa de criar alguma sorte de privilégios". Comentários à Constituição do Brasil, p. 172, v. 2.*

[47] *Um órgão só pode exercer as funções do outro havendo delegação do poder constitucional originário, como nos casos expressos nos arts. 68 e 86 da CF.*

O compromisso arbitral não atinge os direitos indisponíveis, como os difusos e falimentares, nem "versar sobre questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham o caráter estritamente patrimonial. A arbitragem pode ser de direito ou de equidade, a critério das partes. Logo, estas podem não só escolher, livremente, as normas de direito a serem aplicadas na arbitragem, desde que não haja ofensa aos bons costumes e à ordem pública, mas também convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, costumes e normas internacionais de comércio".[48]

Ouso em dizer, diante dos diversos conceitos, que a arbitragem é uma modalidade judicial ou extrajudicial de solução de conflitos, através da intervenção de uma terceira pessoa, que é o árbitro, a quem as partes em litígio, capazes de contratar, outorgam poderes para que decida, com a mesma força de um pronunciamento judicial, o mérito de uma lide, na qual se discute direitos patrimoniais passíveis de transação.

Disponíveis, pois, são os direitos que têm valores econômicos e patrimoniais aqueles que podem ser livremente alienados, sobre os quais seu proprietário pode transacionar. Pessoas capazes de contratar, físicas ou jurídicas, coincidem, em geral, com a capacidade para a prática dos atos da vida civil.

A sentença do árbitro, que deverá conter os mesmos requisitos da sentença judicial (art. 26 da Lei n. 9.307/1996), não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (art. 18), e é título executivo judicial, apta a aparelhar processo de execução (art. 31).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dessas breves considerações, pode-se observar que o novo Processo Civil identifica-se com a conjugação dos valores incorporados na Constituição Federal, numa perspectiva democrática, vinculando-se a seus princípios fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana.

Mudanças estruturais virão com o novo código, caso aprovado com está no projeto. A preclusão, por exemplo, marco da lei atual, sofrerá singular relativização. Matérias, como aquelas objeto de agravo retido, serão articuladas como preliminares na apelação. Evidencia-se a garantia do direito material, potencializando a resolução do conflito, colocando, em segundo plano, matérias puramente processuais ou formais.

Ao intérprete ou aplicador do direito deverá encontrar a solução do conflito reconstituindo o pensamento legislativo, tendo em conta o "sistema" como um todo e não apenas a letra da lei. É da boa hermenêutica a observância

[48] *DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado, p. 538. (v. Código Civil Comentado, Ricardo Fiuza, p. 685)*

dos princípios estruturais do processo civil moderno, da Constituição, dos Tratados etc, pois é relativa a clareza do texto da lei e por isso ela (lei) deve sempre ser interpretada, pois cada caso é um caso e o sentido legal deve ser adaptado concretamente, elegendo-se, com justo senso, a necessidade social e o equilíbrio de interesses.

De modo algum se pode abrir mão da qualidade dos pronunciamentos judiciais. A exigência da duração razoável do processo, que privilegia a dignidade da pessoa humana, encontra-se fundado na garantia do processo legal. Assim, dilação indevida do processo e a produção de resultados injustos ferem de morte o princípio.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro, 1995.

ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado *et all*. *Código Civil comentado*. (Regina Beatriz Tavares da Silva Coord.). São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, v. 1.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, v. 2.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Campinas: Bookseller, 2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo *et all*. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 2006, v. I.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoria general del processo*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

_____*Código Civil anotado*. São Paulo; Editora Saraiva, 2008.

_____*Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

_____*Dicionário jurídico*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, v. I.

FARINA, Juan M. *Justicia ficción y realidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1988.
MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *A dignidade do homem*. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: Edições GRD, 1988.
MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, v. 1.
NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
PEGORARO, Olinto A. *Ética e justiça*. São Paulo: Editora Vozes, 1995.
REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.
SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1959.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.
SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.
WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Recebido em: 18/10/2013